

第6章 相続債務（借入）の承継・処理を巡る諸問題—遺言による承継指定ほか

沖 野 眞 巳

I 問題の設定

金融機関が個人に対して行っている貸付につき、当該個人の死亡および相続により、債務者が変わることとなる。共同相続の場合には、「可分」の債務については「相続分」に応じた当然分割が生じ、分割債務として各相続人に承継されるというのが現在の判例である⁽¹⁾⁽²⁾。借入債務は金銭債務であって可分のものと考えられるため、相続開始時に「相続分」に応じた当然分割承継がされ、各共同相続人が分割債務を負うことになる。これに対して、被相続人の意向として、(積極)財産とともに債務を特定の相続人に集中させたい、特定の(積極)財産を特定の関連する債務とともに特定の相続人に引き継がせたいというような場合がある。また、金融機関としても、1個の債務が複数の債務者の分割債務となることには、債権管理および回収の手間やコスト、無資力のリスク負担の点から問題があり、資力のある、あるいは(特定の)相続財産を承継する1人に債務も集中させたいと考えることがある。借主たる被相続人と貸主

(1) 大決昭和5年12月4日民集9巻1118頁、最判昭和34年6月19日民集6号757頁。

(2) 明治民法の起草者もこのように考えていたことにつき、宮本誠子「相続債務の処理」水野紀子・窪田充見編著『財産管理の理論と実務』（日本加除出版、2015）319-320頁、江島広人「財産引受と債務の相続に関する比較法的研究——財産引受に関する比較法的考察（その2）——」一橋法学11巻1号330-331頁。例えば、梅謙次郎『民法要義卷之五相続編』（有斐閣、大正年復刻版、1984）113-115頁は、遺産相続において共同相続となる場合には、相続財産についての共有の規定があるものの、債権債務については共有（準共有）となるわけではなく、民法427条により分割債権・分割債務となつている。民法427条から導かれる帰結であるため、規定の要否について疑義があるかもしれないが、特に、債務については、債権者に対して連帯して義務を負担するか否かの問題があり、立法論としては両論がありうるが、連帯とはならないことを明らかにしているのが、旧1003条（「各共同相続人ハ其相続分ニ応シテ被相続人ノ権利義務ヲ承継ス」、現899条）であると説明する。数人の債務者を相手方として請求することを余儀なくされ、債権者にとっては煩瑣となり、また無資力者がある場合にそのリスクを負担することになるけれども、債権者の保護措置としては、財産分離の制度があり、また、弁済期が到来した債権については債権者の保護の方策がいくつも用意されているのであって、債権者が注意を怠ることがなければ、無資力の負担を新たに抱え込むことはなく、そのような場合は稀であると考えられること、他方で、相続人はあえて自ら債務を負担した者ではなく、相続の結果債務者の地位を有するに至ったにすぎないこと、また被相続人は通常の債務を負担し、共同相続人は連帯債務を負担するというのは相続によって債務の性質を変更するもので、特に、権利については分割で一部しか取得しないのに債務は全部について連帯して負うというのは、「普通の法理」に反し、相続人に対して公平を欠く等の考慮を理由として挙げる（このほか遺留分との関係についても指摘がある）。

たる金融機関の双方にとって、債務を特定の（一部の）相続人に集中させることが、意向に沿い、またメリットがありうる⁽³⁾。

共同相続の場合に、特定の（1人の）相続人に債務を集中させる、あるいは、特定の（一人）の相続人から（自身の債務分を超えて）弁済を受けることを、安定的に行いうることが望まれる場合に、現行法のもとでそれを実現することができるかが、本稿の検討課題である。

具体的な検討課題は2つある。

具体的な検討課題の第1は、遺言による相続債務の承継の可能性である。最判平成21年3月24日民集63巻3号427頁（以下、「平成21年判決」という。）は、相続させる旨の遺言により相続債務を特定の相続人に集中させる結果を肯定している。そこで、この射程という観点から、遺言による相続債務の承継の可能性を検討する。

第1の課題については、さらに具体的な問題意識として、次の3点がある。

①平成21年判決は、遺言による相続分指定によって、相続人間においては、指定相続分の割合に応じて相続債務を承継することになり、「関与」のなかった相続債権者に対してその効力は及ばないけれども、相続債権者の方から相続債務についての相続分の指定の効力を承認することができるとしている。これは、相続債権者（借入についての金融機関・銀行）が、遺言による指定相続分による債務承継を承認することができるという意味であるのか。相続債権者の承認によってどのような効果が生じることになるのか。免責的債務引受の効果が生じるのかどうか。

②平成21年判決の射程として、包括的に相続させる旨の遺言ではなく、特定の積極財産（不動産など）をそれに付着する消極財産（債務）と併せて、特定の相続人に相続させるという内容の遺言であったとしたら、法律関係はどうなるか。特定の当該不動産については金融機関・銀行のための抵当権が設定されており（登記済み）、承継する特定の相続人の同意がある場合に、このような遺言によって、抵当権の被担保債権たる貸金債権に係る債務について当該不動産を承継する主体に集中させることができるか。

③相続人以外の（特定の）第三者に一切の財産を遺贈するという内容の遺言であったときは、どうなるか。

(3) 問題意識を明瞭にするものとして、江島・前掲注（2）257頁以下。被相続人に対する貸金債権の金融実務上の取扱いにつき、白露「遺留分判決と債権者の立場」金融法務事情1878号64頁（2009）も参照。また、後述する平成21年判決の事案の背景事情等（積極財産を承継する特定の相続人に相続債務を集中させるべく免責的債務引受が試みられたが免責される相続人の同意が得られなかった等）について、江島・前掲注（2）342-343頁、安部光壺「遺留分減殺額と相続債務との関係——平成21年3月24日最高裁判決までの裁判過程を通じての検討」生野正剛・二宮孝富・緒方直人・南方晁編『有泉亭先生追悼・変貌する家族と現代家族法』292頁（法律文化社、2009）参照。

具体的な検討課題の第2は、相続債務は、各共同相続人が分割債務として負うという場合に、特定の相続人により自己の債務を超えた弁済がされる時、その弁済の安定性ないし安定性の確保方法である。すなわち、④特定の相続人から自己の相続分を超えて（典型的には全額）弁済したいという申出がある場合、実務上は、他の相続人の相続分に従った債務について、重疊的な債務引受や、委託のない保証を徴したうえで、弁済を受けるという処理が行われている⁽⁴⁾。このような処理は、法的に安定したものと評価できるか。

以下では、これらの①から④の問題について検討するが、そのための設例として、次の場面を想定する（この場面設定については平成21年判決の事案を下敷きにしている）。この下でさらにいくつかの例（後述【例1】等）をあげて考察する。

<設例> Aは、金融機関Bに対し、4,500万円の借入債務を負担していた。Aが死亡して、C、D、Eの3人が法定相続人であった。C、D、Eの法定相続分は各3分の1である。A死亡時に、Aの消極財産は、上記Bに対する債務を含めて、6,000万円であった。また、Aの積極財産は6,900万円であった。Aの積極財産には、不動産甲が含まれている。

なお、相続させる旨の遺言の法的性質を、遺言解釈として遺贈であるとする趣旨が明らかであるか、遺贈と解すべき特段の事情のない限り遺産分割方法の指定であり、相続分の指定を含みうる（相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定たりうる）とすることや⁽⁵⁾、可分の金銭債務について当然に分割承継される（当然に分割債務となる）という処理には、それぞれ異論があるが⁽⁶⁾、本問題意識は、現行の判例のもとでどうなるかを検討することにあるため、相続させる旨の遺言については（別段の意思が認定されない限り）遺産分割方法の指定および相続分の指定であること、また、可分の金銭債務については当然分割承継となることを前提として、検討を行う。

具体的な検討課題は、相続債務の承継について遺言によって左右し特定の者に当該借入債務を集中させる（当該借入債務については特定の1人のみが負うという結果をもたらす）ことができるか（第1の検討課題）、分割債務承継がされる時に特定の1人の者が自己の負担を超えて全部の弁済を安定的に行いうるか（第2の検討課題）である。類似の帰結を導く方法として、

(4) 江島・前掲注(2) 259-260頁参照。

(5) 最判平成3年4月19日民集45巻4号477頁。

(6) 債務の承継につき、谷口知平・久貴忠彦編『新版注釈民法(27)〔補訂版〕』10-13頁（右近健男）、302-304頁（潮見佳男）（有斐閣、2013）、潮見佳男『相続法〔第5版〕』105頁以下（弘文堂、2014）、江島・前掲注(2) 332頁以下、窪田充見「金銭債務と金銭債権の共同相続」論究ジュリスト10号120頁（2014）。

相続人間の合意により、特定の債務を特定の者のみが負担するものとする事ができるかという問題がある。当然分割となる債権について、遺産分割協議、あるいは相続人全員の合意がある場合に遺産分割審判において、その承継につき単独での承継などができるか自体についても問題となるが、少なくとも、実務上はそれが認められる運用がされている⁽⁷⁾⁽⁸⁾。債務については、遺産分割の対象という観点から（民法908条の文言が「遺産に属する物又は権利」を対象としていると見られること等）、債権以上にハードルが高い面もあるが⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾、以下の検討においては、この問題には立ち入らず、このような債務についても、遺産分割協議において、あるいは相続人全員の合意がある場合に遺産分割審判において、相続人間で、その承継につき異なる定めができるかについてはそれが可能であることを前提とする⁽¹¹⁾。

-
- (7) 債権についての記述であるが、窪田・前掲注（6）123頁（当然分割承継とされる債権について、遺産分割審判においても、共同相続人全員の同意があるときは審判対象となるという立場が一般的であるとされる）参照。
- (8) なお、特定の財産について相続させる旨の遺言がされた場合、平成3年判決（前掲注（5））が、遺言の解釈として、遺贈である趣旨が明らかであるか、遺贈と解すべき特段の事情のない限り、遺産の分割方法の指定であり、他の相続人もその遺言に拘束され、これと異なる遺産分割の協議、さらには審判もなしえない、と判示していることとの関係が問題となる。平成3年判決は、当該財産の当然承継を導くものであって、当然分割承継となって遺産分割の手続を経ずに相続開始時に分割承継が決まる可分金銭債権についても相続人の全員の合意によって協議対象、ひいては審判対象にできるから、その処理と別に解する理由はないから、遺産分割方法の指定としての相続させる旨の遺言の対象となった特定の財産について、相続人全員の合意によって異なる内容の遺産分割協議をすることは妨げられないということとなる。
- (9) 谷口・久貴編・前掲注（6）304頁（潮見）は、金銭債務も（金銭債権と同様）相続財産に属するから、協議分割・調停分割の際に共同相続人が同意すれば遺産分割の対象財産の中に取り込んで分割協議の対象とすることができるとする（なお、金銭債務につき「非分割構成を採る場合でも」とされるが、非分割構成の場合には遺産分割の手続を経て終局的帰属が確定すると記されているから（同303頁）、「分割構成を採る場合でも」（したがって可分金銭債権の当然分割承継のもとでも協議・調停分割の対象に取り込むことはできるということ）であろう）。
- (10) また、共同相続人の承継すべき権利義務（相続財産）について共同相続人が協議対象とできる（全員の同意をもって審判の内容に取り込むことができる）ということから当然に、遺言によって遺産分割方法の指定として、債務についてもそのような指定ができるということにはならないだろう。
- (11) 債務についての遺産分割における処理が何であるのかに関わる（窪田・前掲注（6）122頁注9参照）。谷口・久貴編・前掲注（6）301頁、304頁（潮見）参照（差し支えがないとするが、指定相続分または法定相続分と異なる承継をしたところで、債権の場合には異なる部分について債権譲渡がされたことになるので、債務者その他の第三者に対しては、民法467条の対抗要件を備えなければ対抗できないとする。また、債務の場合には異なる部分について免責的債務引受がされたことになるから、債権者の承諾があってはじめて、免責の効果が確定するとする）。

Ⅱ 平成21年判決

出発点となる平成21年判決について確認しておこう⁽¹²⁾。

事案は、次のとおりである。被相続人AがAの有する財産全部をYに相続させる旨の公正証書遺言をした。Aの法定相続人は2人であり、Aの子であるXとYである。相続開始時において、Aの積極財産は不動産を含めて、4億3,231万7,003円であり、消極財産（相続債務）は、4億2,483万2,503円であった。上記遺言に基づき、YがAの積極財産全部の権利を承継したとして、不動産については相続登記（相続を原因とするAからの所有権移転登記）がされた。Yによる相続登記に先だて、Xは、Yに対し遺留分減殺請求権を行使する旨の意思表示をした。

Xの主張は、Aの消極財産のうち可分債務については法定相続分に応じて当然に分割され、その2分の1をXが負担することになるから、Xの遺留分の侵害額の算定においては、積極財産4億3,231万7,003円から消極財産4億2,483万2,503円を差し引いた748万4,500円の4分の1である187万1,125円に、相続債務の2分の1に相当する2億1,241万6,252円を加算しなければならず、この算定方法によると、上記侵害額は2億1,428万7,377円になるというものである。これに対し、Yの主張は、上記遺言によりYが相続債務をすべて負担することになるから、Xの遺留分の侵害額の算定において遺留分の額に相続債務の額を加算することは許されず、上記侵害額は、積極財産から消極財産を差し引いた748万4,500円の4分の1である187万1,125円になるというものである。

判旨は次のとおりであった。「本件のように、相続人のうちの1人に対して財産全部を相続させる旨の遺言により相続分の全部が当該相続人に指定された場合、遺言の趣旨等から相続債務については当該相続人にすべてを相続させる意思のないことが明らかであるなどの特段の事情のない限り、当該相続人に相続債務もすべて相続させる旨の意思が表示されたものと解すべきであり、これにより、相続人間においては、当該相続人が指定相続分の割合に応じて相続債務をすべて承継することになると解するのが相当である。もっとも、上記遺言による相続債務についての相続分の指定は、相続債務の債権者（以下「相続債権者」という。）の関与なくされたものであるから、相続債権者に対してはその効力が及ばないものと解するのが相当であり、各相続人は、相続債権者から法定相続分に従った相続債務の履行を求められたときには、これに応じなければならず、指定相続分に応じて相続債務を承継したことを主張することはできないが、相続債権者の方から相続債務についての相続分の指定の効力を承認し、各相続人に対し、指定相続分に応じた相続債務の履行を請求することは妨げられないというべきである。

(12) 評釈・解説等は、宮本・前掲注(2)329頁注32を参照。

そして、遺留分の侵害額は、確定された遺留分算定の基礎となる財産額に民法1028条所定の遺留分の割合を乗じるなどして算定された遺留分の額から、遺留分権利者が相続によって得た財産の額を控除し、同人が負担すべき相続債務の額を加算して算定すべきものであり（最高裁平成5年（オ）第947号同8年11月26日第三小法廷判決・民集50巻10号2747頁参照）、その算定は、相続人間において、遺留分権利者の手元に最終的に取り戻すべき遺産の数額を算出するものというべきである。したがって、相続人のうちの1人に対して財産全部を相続させる旨の遺言がされ、当該相続人が相続債務もすべて承継したと解される場合、遺留分の侵害額の算定においては、遺留分権利者の法定相続分に応じた相続債務の額を遺留分の額に加算することは許されないものと解するのが相当である。遺留分権利者が相続債権者から相続債務について法定相続分に応じた履行を求められ、これに応じた場合も、履行した相続債務の額を遺留分の額に加算することはできず、相続債務をすべて承継した相続人に対して求償し得るにとどまるものというべきである。」

この一般論のもと、当該事案においては、上記「遺言の趣旨等」からAの負っていた相続債務についてYにすべてを相続させる意思のないことが明らかであるなどの特段の事情はうかがわれない、したがって、「XとYとの間では、上記相続債務は指定相続分に応じてすべてYに承継され、Xはこれを承継していないというべきである。そうすると、Xの遺留分の侵害額の算定において、遺留分の額に加算すべき相続債務の額は存在しないことになる」。(下線は、沖野)

Ⅲ 相続債権者の承認の意味、債務承継のメカニズム—具体的検討課題第1①

具体的課題第1の①について、設例のもとでの次の【例1】を考えよう。

【例1】 Aは、「Aの有する財産全部をCに相続させる」旨の公正証書遺言をした。

1 平成21年判決のもとでの帰結

平成21年判決のもとで、相続債務の分割についての（それを含んだ）相続分の指定がされているときは、相続債務は共同相続人間では指定相続分によって承継されるが、相続債権者との関係では、「遺言による相続債務についての相続分の指定」は、相続債権者の「関与」なくされたものであるから、相続債権者に「その効力が及ばない」。したがって、相続債権者は法定相続分に応じた履行請求ができ、相続人の側から「指定相続分に応じて相続債務を承継したこと」（指定相続分がそれより下回ること）を主張することはできないが、相続債権者の方から「相

続債務についての相続分の指定の効力を承認し、各相続人に対し、指定相続分に応じた相続債務の履行を請求することは妨げられない。

したがって、【例1】の場合、特段の事情がうかがわれないときは、相続人間では、債務の「承継」についてすべてをCに「承継させる」旨の相続分の指定があり、それが効力を有するため、Bに対する債務については、Cが4,500万円、D、Eがそれぞれ0円の債務負担ないし承継することになる。しかし、相続債権者Bとの関係では、法定相続分に従った承継となるため、C、D、Eは各1,500万円の債務を、各別にBに対して負うことになる（分割債務）。

相続債権者Bの方から、当該指定の効力を承認して、各相続人に対し、指定相続分に応じた相続債務の履行を請求することは妨げられないので、BはCが債務全部の承継をすることを承認して、Cに対し全額4,500万円の請求をすることができる。

2 債権者の「承認」の意味、債務承継の法律関係・メカニズム

(1) 遺言による指定相続分に応じた相続債務承継の可否・有無

平成21年判決は、各所で「指定相続分の割合に応じた「相続債務」の「承継」を語っており、その表現を見る限り、遺言による相続債務についての相続分の指定により、指定相続分に従って共同相続人が債務を承継することを認めているものと解される。

これに対し、そのような解釈が「判決文の流れや言葉」に従った理解であるとしつつも、別の理解の可能性が指摘されている。すなわち、債務は法定相続分に応じて分割承継され、債権者に対して債務を負担するが、共同相続人内部間では指定相続分によって「負担部分」が決まるという理解である。判決のいう「承継」とはむしろ「負担」の含意であることになる⁽¹³⁾。「判決文の流れや言葉」にもかかわらず、このような理解が指摘されるのは、平成21年判決の判示事項が、共同相続人間の遺留分減殺請求権の額を争う事案の中で示されたもので、債務の相続一般についての判示ではないこと、また、債権の基本的な効力は債権者と債務者との間を対象とするものであることを勘案したものである⁽¹⁴⁾。

債権者の「承認」の意味も、このいずれの理解によるかによって異なってくる。

指定相続分に従った債務承継と理解するなら、「承認」とは、指定相続分による債務承継の承認である。したがって、一旦承認をした以上は、指定相続分による債務承継が確定することになり、指定相続分の方が法定相続分よりも低い特定の共同相続人に対し法定相続分による履

(13) 平成21年判決の調査官解説では、指定相続分の割合による相続債務の「承継又は負担」という表現がとられていること（高橋譲・最高裁判所判例解説民事篇平成21年度（上）237頁）が、注目される。

(14) 窪田・前掲注（6）120頁。高橋・前掲注（13）242頁（注5）も、「相続分指定の効力が相続債務にも及ぶと解するとすれば」という仮定的な表現をとっており、この点の含みを残している。

行請求をすることはできないと考えられる。【例1】においては、Bが一旦承認をしたときは、たとえば、Cに対して3,000万円の履行を請求し、かつ、Dに対して1,500万円するなど、相続人の資力不足のリスクを選択により他の相続人に転嫁する（上記の例ではCの一部やEの分を転嫁する）ことはできないと解される⁽¹⁵⁾。

これに対し、共同相続人間の内部での負担部分が指定相続分に示された割合によるのであって債務承継はあくまで法定相続分によると理解するとき、「承認」によって何がもたらされているのかは、はっきりしない。分割債務を負う複数の債務者の間で、最終的な負担について合意をしたときに、債務自体について（免責的債務引受や併存的債務引受によって）何らかの変更をもたらす合意ではないとすると、なぜ、債権者が「承認」をして、負担部分に応じた履行請求が可能となるのかの説明は困難なように思われる⁽¹⁶⁾。債権者が「承認」によって指定相続分に従った履行請求ができるようになるのは、債権者との関係でも債権債務の内容が指定相続分に従ったものとなるということが必要であろう。そうだとすると、平成21年判決は、共同相続人間における「承継」ではなく「負担」を語っているのだという理解に立つとしても、その「負担」は、債権者の「承認」によって債権者との関係で「債務負担」をもたらすものと理解することになるのではないか。債権者が「承認」をしたときは、指定相続分に従った債務負担となる状態という状況は、法技術的には、免責的債務引受が、債権者の同意や承認なくされた状態であると見ることができよう。換言すれば、相続債権者の承認は、内部的な債務負担を対外的な債務負担へと反映させるもので、免責的債務引受をもたらすと構成することになろう⁽¹⁷⁾。そこから遡ると、平成21年判決は、遺言による指定はそのような免責的債務引受状態を作出する

(15) 高橋・前掲注(13)243頁(注5)。

(16) 中田裕康「民法判例の動き」ジュリスト1398号(平成21年度重判)80頁は、相続債権者が「承認」によって指定相続分に応じた履行請求ができるが、特定の積極財産と相続債務の結合が強い場合などにおいて、当該相続債権者が指定相続分による請求を選択したときは、その後、改めて法定相続分による請求をすることが権利濫用となる余地があると指摘する。これは、相続債権者が「承認」をした場合に法定相続分に応じた請求が当然に封じられるわけではないことを前提としている。また、相続債権者の承認は「請求」の「選択」であり、一方の選択によって他の選択肢が当然に封じられるわけではないが、権利濫用として他の選択肢の改めての選択が封じられることもあるという理解に見受けられる。しかし、「承認」が、2つの履行請求の可能性・選択肢のうち、一方をとるということだとしても、債務は変わらないのに、債務者が内部負担割合を合意しただけで、なぜ債権者がそのような内部負担割合に応じた履行請求の選択をすることが可能になるのかの法技術的な説明はなお残ると思われる。

(17) 引受人の意思的関与なく、被相続人の意思によって免責的債務引受の効果をもたらすことができるのか疑問があり、また、遺言事項法定との関係でも問題がある(本山敦「批判」(平成21年判決の原審判決についての評釈)判例タイムズ1263号70頁(2008)参照)。結局、相続分指定として、かつ、積極財産についてと消極財産についてとを一括したものとしての相続分指定としてしか、できないということになるのではないか。

ことを可能にし、また、遺言による指定のある場合には債権者の承認のみでそのような免責的債務引受を生じさせることができる旨を認めたことになる（上記の平成21年判決の判示に関する2つの理解については、結局、平成21年判決が純然たる内部負担割合を語っているという理解をとることは困難であろう）。

（2）債権者の承認の意義

平成21年判決のもとでは、遺言において相続分が指定され債務承継もそれに従う旨が定められた場合、債権者との間の対外関係においてはその効力は及ばず、債権者との間では法定相続分に応じた分割債務として扱われる。この段階での共同相続人間の対内関係において何が起きているのか。また、債権者が「承認」をすることで、指定相続分に応じた履行請求ができることになるが、この「承認」によって何が起きているのか。

債権者の「承認」前の共同相続人間の法律関係（内部関係）については、債権者との間の対外関係においては、遺言による相続分指定に従った債務承継の効力が及ばないとされる。このように、債権者との間の対外関係と共同相続人内部の対内関係とで区別される理由としてあげられるのは、次の2点である⁽¹⁸⁾。第1に、債務についてはそもそも債務者（被相続人）が（債権者の同意なく）処分することはできない⁽¹⁹⁾。第2に、法定相続分と異なり指定相続分は外部からは容易にはわからない。このうち第2は、わかるなら（債権者が指定相続分を認識できるなら）問題はない（善意の債権者との関係でのみ対内関係と対外関係とが分かれる）のではないかという帰結を導きそうである。これに対し、そもそも、債務者が自由に債務の承継割合を決められるのは第1の理由から問題がある。第1と第2のいずれを重視するかで帰結が変わりうるが、債権者の「承認」なくしては債権者には効力が及ばないという点から、主眼は第1の理由にあると考えられる。もっとも、第1の理由から被相続人（債務者、遺言者）の権限、および債権者の「承認」の意義について、2通りの理解が考えられる。

第1は、債務についての処分権は被相続人にはなく、債権者の同意なく債権債務を変えることはできない。被相続人が定めることができるのは債権者の同意があればそのような形で共同相続人が債務を負うことになるという状態までであるという考え方である。この場合の相続債務承継のメカニズムは、基本的には、法定相続分に従って、各相続人が債務者となるが、内部

(18) 窪田充見『家族法（第2版）』442～443頁（有斐閣、2013）。高橋・前掲注（13）237頁（被相続人の意思だけで相続債務の負担割合を変更することはできないこと、法定相続分の形式的画一性が相続的承継秩序と取引の安全とを調和させる唯一の手段であることを、平成21年判決において考慮されたと推測される事情として挙げる）参照。

(19) 窪田・前掲注（6）121頁、同・後掲注（21）（2）法曹時報65巻11号2687頁。

的には異なる割合での債務となる法律関係となっており、債権者が「承認」するとその内部的な法律関係が債権者との関係での法律関係（債権債務）となる。このような状態を説明する法技術として考えられるのは免責的債務引受である。債権者の「承認」は債務者と引受人との間でなされた債務引受に対する債権者の「承認」と同様の性質を持つものと考えられ、債権者の「承認」によって（法定相続分に従った債務負担であったところから）免責的債務引受の効力が生じると考えることができる⁽²⁰⁾。

第2は、相続債務の承継については、民法902条、899条から、指定相続分に応じて権利義務を承継し、また相続分の指定は遺言事項であるから、遺言で指定相続分に応じて債務承継が生じることを決めることができるという考え方である⁽²¹⁾。したがって、遺言によって相続債務についての相続分指定がされたときは、各相続人は指定相続分に応じた債務を各別に負うことになるが、債権者との関係ではそれを主張（対抗）することができない。債権者の「承認」は、対抗できないが相手方からは認めることができるという場合の、相手方から認めるという行為ということになる。

では、第1、第2のいずれの考え方が適切か、また、両者で具体的な帰結の違いがあるのかが、問題となる。帰結の違いについては、あまりないように思われる⁽²²⁾。指定相続分による権利義務の承継については明文があるのに対し、免責的債務引受という構成によるとするならば相続の場面においては明文を欠き、そもそも引受人に相当する共同相続人の意思的関与なく免責的債務引受を生じさせうるのは明文なくして肯定困難であることなどから、第2の方が一般法理

(20) 免責的債務引受状態の作出権限に関する疑義につき、前掲注(17)参照。

(21) 法定相続分による債務承継が原則であるが、相続分指定により指定相続分による債務承継へと変じ、その債権者への対抗が問題となる。これに対し、相続分指定とは、法定相続分から指定相続分へと相続分を変更する行為であるのか、それとも、相続分は（法定相続分からの変更を経ず）指定相続分とする行為であるのか、という相続分指定の性質と絡んで、相続人は法定相続分に応じて債務を承継するがそれが指定相続分に応じた債務承継に変更されるという理解ではなく、相続人は端的に（法定相続分に応じた債務承継という段階を経ずに）指定相続分により債務を承継することになると解する余地があるものの、遺言と法定相続との関係の理解にも関わるが、後者では、債権者が法定相続分による債務の承継を前提として履行請求ができることの基礎付けは困難であると指摘されている（詳細は、窪田・前掲注(6)121頁参照。また、相続分指定の法的性質に関して、同「相続分の指定と遺留分をめぐる問題——被相続人の処分と共同相続人間の遺留分の実現を考える枠組み——(1)(2・完)」法曹時報6巻10号2452-2453頁、2459頁、11号2682-2684頁、2686-2687頁(2013)も参照)。

(22) 「承認」の相手方については若干の違いが生じうる。「承認」について誰に対して行う必要があるのかについて、【例1】において、Cに対してで足りるのか、D、Eに対しても行う必要があるのか、である。第1の考え方によれば、免責的債務引受をもたらすのであれば、D、Eが負担する各1,500万円の債務についてCが負担し、D、Eが免除されるという構成であるから、債権者からの免除の意思表示に相当する部分をD、Eに対して行う必要があるように思われる。これに対し、第2の考え方によれば、Cのみで足りるということになるのではないか。

との軋轢が少ないように思われる⁽²³⁾。

Ⅳ 特定の財産の承継に伴う特定の債務についての承継の指定 — 具体的検討課題第1②

【例2-1】 AのBに対する借入債務は甲の取得（購入、建築、等）の代金のための借入によるものであった。Aは、「甲をCに相続させる」旨の公正証書遺言をした。

【例2-2】 AのBに対する借入債務は甲の取得（購入、建築、等）の代金のための借入によるものであった。Aは、「甲およびAのBに対する…の債務をCに相続させる」旨の公正証書遺言をした。

【例3-1】 AのBに対する借入債務は甲の取得（購入、建築、等）の代金のための借入によるものであり、それを担保するために甲にBのための抵当権が設定されていた。Aは、「甲をCに相続させる」旨の公正証書遺言をした。

【例3-2】 AのBに対する借入債務は甲の取得（購入、建築、等）の代金のための借入によるものであり、それを担保するために甲にBのための抵当権が設定されていた。Aは、「甲およびAのBに対する…の債務をCに相続させる」旨の公正証書遺言をした。

相続財産（または遺産）中の特定の財産の取得に密接に関わる債務について、当該財産と債務とを併せて特定の相続人に承継させる、かつ、他の相続人はその債務を負わないものとする（したがって、当該積極財産と当該債務とを特定の相続人に集中させる）ことが、遺言によって可能か、というのが次の問題（具体的検討課題第1②）である。

【例2】と【例3】は、いずれも、特定の積極財産について、その積極財産と関連する（当該財産の取得のための）債務負担について、特定の積極財産を共同相続人の特定の1人に承継させるとともに、当該債務もその者に承継させる旨の遺言について考えるものであり、【例2】と【例3】の違いは、【例3】においては、当該目的物（積極財産）と当該債務との結びつきについて、当該債務を被担保債権とする抵当権が当該目的物につき設定されている形となっている点にある⁽²⁴⁾。また、【例2-1】と【例3-1】は、相続させる旨の遺言の内容が、積極財産のみに明示的に言及しているのに対し、【例2-2】と【例3-2】は債務の承継につ

(23) 前掲注(17)。

(24) 無遺言状態においては、可分金銭債務の当然分割処理により、AのBに対する4,500万円の債務を被担保債権としていた抵当権が、C、D、Eの各別のBに対する各1,500万円の債務を被担保債権とする抵当権となる。

でも明示している。

では、こういった遺言によって、甲不動産およびAのBに対する借入債務はともにCのみが承継するという帰結をもたらしうるだろうか。

1 債権等の積極財産と債務とで異なる相続分指定の可否

相続分の指定については、遺言によって債務について相続分の指定が可能かが問題となるものの、平成21年判決は、これを認めたものと解することができる。

次に、相続分の指定について、積極財産と消極財産とで異なる相続分の指定をすることができるかが問題となる。平成21年判決においては、積極財産全部を特定の相続人に承継（相続）させる旨の遺言により、消極財産全部についても当該特定の相続人に承継させる旨と解されており、積極財産についての相続分指定が、消極財産についての相続分指定でもあると解されており、両者は一致している。換言すれば、積極財産についての「相続分」の指定をしているときは、その「相続分」の指定は、債務の承継の基準を含めて「相続分」を指定したものと解されているということになる。

それにとどまらず、平成21年判決は、当該事案を超えて、両者で異なる「相続分」指定をすることが可能であるという立場をとっているように見受けられる。すなわち、平成21年判決は、相続債務の承継についての遺言による相続分の指定を認めており、また、指定相続分についてあえて相続債務の承継についてのそれを語っていることや、遺言の趣旨等異なる意思を遺言者（被相続人）が示すことで、積極財産と消極財産とで異なる指定をすることも可能である旨を示唆していることから、（少なくとも、包括的な形であれば、）相続させる旨の遺言によって、積極財産の承継と消極財産の承継とを異なる形で定めることが可能であると解しているように見られる。

しかし、相続分指定について、積極財産と消極財産とで異なる相続分を遺言者（被相続人）が指定できるという立場が、現行民法の理解として適切なのかは、疑問がある。債務者の死亡の場合には債務者以外の者による承継が必須となるものの、元来、債務について債務者には処分権がないから、承継者や承継の範囲を自由に決めることはできない。その一方で、各共同相続人は、その「相続分」に応じて被相続人の権利「義務」を承継し（民法899条）、かつ、「相続分」について法定相続分とは異なる相続分を被相続人が定めることができる（民法902条）とされている。債務について自由な処分はできないのが本来であること、債務を含めた権利義務の総体について「相続分」に応じた承継となっていることからすると、民法899条の権利義務の承継の基準としても、民法902条によるそのような基準についての指定についても、現行法は、権利義務を通じて一律の「相続分」を想定していると考えるのが合理的であると思われる。

このような理解から、翻って、平成21年判決の射程も、積極財産と消極財産について一致した相続分の指定がされている（と認定された）事案についての判示として理解すべきことになる。

2 包括受遺者の義務に関して

この点に関連する議論に、包括遺贈の場合に、民法990条をめぐる解釈問題がある。すなわち、民法990条により、包括受遺者は、債務をも承継すると解されている。たとえば、特定遺贈との組み合わせの場合に、包括受遺者もその遺贈義務者となる。遺贈の放棄や限定承認をしない限り包括受遺者は無限責任を負うことになるが、遺言者がこれを免除し、または軽減できるかが論じられている。たとえば、積極財産の2分の1を与えるという遺言や、遺産が債務超過であったときには固有の財産をもって弁済するには及ばないとする遺言の可否である。

学説では、肯定・否定両論がある。相続人や相続債権者の利益を害する可能性や、包括遺贈や承認・放棄の制度の趣旨とも調和しにくいとして、否定説を妥当とする見解が有力と見られる⁽²⁵⁾。

これは包括遺贈についての議論であって、相続分指定についてのものではないが、相続人の1人に包括的に相続させる旨の遺言すなわち相続分の指定が、実質において、包括遺贈とほとんど変わりがないとされていることからすれば、この点において、両者で違いうるかは疑問である。この点からも、相続分指定について積極財産と消極財産とで異なる相続分指定を被相続人ができるわけではないというのが一貫しよう（もちろん、両者で統一であるべきだという点だけを見れば、逆に、むしろ、平成21年判決をもとに、包括遺贈についても、肯定説をとるという可能性はある）⁽²⁶⁾。

(25) 中川善之助=加藤永一編・新版注釈民法（28）220頁（阿部徹）（旧版162頁での見解から改説）。

(26) これに対し、そもそも、被相続人はその債務者たる地位において生前、債務については処分できないにもかかわらず、相続による承継において、相続分の指定という形で、処分をすることはできないはずであるという考え方もありうる。その場合には、債務については法定相続分により承継されることになり、被相続人にできるのはせいぜいのところ負担付・条件付の遺贈として相続人に負担させる（債権者との関係では債権者の同意が必要となる）ことくらいだと考えることもできなくはない。承継者たる相続人の意思的関与なくして法定相続分と異なる債務承継となることを、相続人との関係でいかに正当化できるのかと考えたとき、遺贈であれば相続人による承認・放棄の選択肢が用意されている。相続分の指定を、積極財産と消極財産と一体的にのみできる（積極財産と別に、債務について自由に指定することはできない）ことが相続人に対する配慮を支えている（また、相続人に、相続の放棄、限定承認などの手法が用意されている）と考えることができるが、これでは不十分だという評価もあろう。ただ、この見解は、平成21年判決とは相容れない。

なお、被相続人は自らの債務について処分権限を有しないことを強調する窪田・前掲注（2）121-122頁も、法定相続分を分割承継の第1次基準としつつ、債務を含む相続分指定はできるがそれは相

3 特定の債務について特定の相続人に承継させる旨の遺言の可否

仮に積極財産と消極財産とで異なる相続分の指定ができるという立場を前提としたとしても、そこからさらに、特定の債務を特定の相続人に承継させる旨の遺言が可能かは疑問である。そもそも、債務については「遺贈」や「遺産分割」に対応する、被相続人（もともとの、債務の債務者）の処分権を想定することはできず、（民法上認められているのは）「相続分」を通じたコントロールしかできないとすれば、特定の債務を特定の相続人に相続させる旨の遺言は、相続人を拘束するものではないと考えられる⁽²⁷⁾。

4 負担付遺贈、条件付遺贈の可能性

では、【例2-1】と【例2-2】は、法的効果は同じなのかといえれば必ずしもそうではなからう。負担付き遺贈や、条件付き遺贈などが考えられるからである。

特定の財産の遺贈の場合に、負担付きとすることや条件付きとすることが考えられる。そのような負担や条件の内容として、特定の債務について特定の相続人が承継することは考えられよう。たとえば、内部的に全部を負担すること、あるいは、債権者との間で免責的債務引受を成立させることの負担のついた遺贈、または、それを停止条件ないしできないときを解除条件

統債権者が同意した場合に機能する（この同意は、免責的債務引受に関する債権者の承諾と同質である）とする。おそらく、債務者としては、債権者の同意があるときは、免責的債務引受ができる地位にあることから、この限りでの処分権限はあり、相続分の指定によってそのような処分権限が行使されることになるという理解ではないかと思われる。しかし、債務者ができるのは引受人との合意によって、債権者の承諾を得られるならば免責的に引受人が引き受けるという限りであって、一方的な意思表示で負担をさせることはできない。贈与と遺贈のように生前であれば合意（契約）によってしかできないことが一方的意思表示によってできることを相続法は認めているが、積極財産と消極財産とを同視することはできないし、また、遺贈についてはそれでも受遺者の意思的関与が認められている。それを勘案するなら、相続分の指定によって（債権者の承認を得て）指定相続分に応じた債務承継ができるといっても、あくまで、積極財産とセットで（同一指定相続分）である（そのときのメカニズムとしては、法定相続分から指定相続分への変更がなされると考えることがなおできるのではないか）と考えるべきではないか。窪田・前掲注（2）122頁は、積極財産と消極財産との相続分の齟齬という問題について、債務の実現や債権者の保護の観点から言及しているが、相続人の保護や承継者の意思的関与なく債務について負担をさせることができることの根拠がより問題であると思われる。

(27) 宮本・前掲注（2）332頁本文および注37は、平成21年判決の分析を通じて、「被相続人の意思によるものとするため、例えば、遺言で積極財産の分割割合とは別に、相続債務の負担割合が指示されていた場合には、そのような意思に従って分割承継されることになろう」とし、具体的な場面としても、遺産の中心が営業資産であり、2人の相続人P、Qのうち被相続人の事業をPが継ぐことになっている場合に、遺言で、営業資産およびそれに伴う債務をすべてPに相続させつつ、Qの遺留分を考慮して、代償分割を指示することもあるとする（記号は変えている）。そのような被相続人の意思があることも、それが合理的な判断と評価されることも否定しないが、そのような自由な指示がそのまま効力を認められる法的枠組みや手法を、現行の相続分の指定が用意しているのかが、問題であろう。

とする遺贈、である。

では、遺産分割方法の指定について、負担付きや条件付きとすることができるのかが、次に問われる。相続債務が遺産分割対象ではない以上、負担付きの分割方法の指定というのは考えにくい。せいぜいのところ、条件付きの遺産分割方法の指定（それによって、負担付き遺贈を実現する実質を持つ）ではないだろうか⁽²⁸⁾。

5 【例】の処理

以上からすると、【例2-2】の遺言は、その法律構成は、(ア)特定の債務について免責的債務引受または重疊的債務引受によって全額の債務を負担することを条件とした遺贈、(イ)特定の債務について内部的に全部の責任を負担するという負担付きでの遺贈、または、(ウ)免責的債務引受または重疊的債務引受によって全額の債務を負担すること、もしくは、内部的に全部の責任を負担することを条件（停止条件または解除条件）とした分割方法の指定（および積極財産の相続分の指定）のいずれかであり、いずれであるかは、遺言の解釈によることになるのではないかと⁽²⁹⁾。

そして、免責的債務引受や重疊的債務引受については、それぞれの要件・効果によることになる（要件・効果については、Ⅵで後述する）。

ただし、負担付きか条件付きかで若干の違いがあるかもしれない。条件付きとするときは、処分（承継）とは独立に条件が設定されるため、別途免責的債務引受をすることが条件として要請され、その実現は免責的債務引受一般の規律によることになるのに対し、負担付きの場合には特定の債務について特定の相続人が債務を負担する内容まで含んだ承継、として特別の規律によることが考えられないではない（他の相続人をも拘束し、その意思に関わらない）よう

(28) なお、日本法に制度や規定がないが、積極財産と消極財産とを合わせて承継させる制度に財産引受があるので一言しておく。ドイツ法、スイス法、オーストリア法について詳細な紹介がある（江島・前掲注（2）論文、同「財産引受に関する比較法的考察」一橋法学8巻3号213頁（2009））。ただ、財産引受自体は、その規定上、事業の譲渡や事業の財産の譲渡の場合を主たる局面とし、一定の包括性を持った財産承継を想定しているように見受けられる。相続の局面でもその考え方が及んでいることが指摘されているが、個別の財産について特定の財産と特定の債務に関しそのまま適用できるものかは、疑問なしとしない。また、各国においてその内実は区々に分かれる。日本法において、問題意識を共通した立論がされているものの、立法論としての提言である。

(29) なお、特定の財産と債務とをあわせて特定の相続人に承継させる（集中させる）場合、その財産と債務との間の関連性をどう区画するかという問題もある。状態債務（賃貸借の場合の賃貸目的物権の所有権移転に伴う敷金返還債務の承継など）や物的関連性といった議論がありうるが、基本的には、（担保を除くと）特定の債務と特定の積極財産それを結びつけて、セットでの承継をもたらす制度は考えにくく、そのような承継についてのいわば指図についての合理性判断に組み込まれるのにとどまるのではないかと。

に思われる。

以上は、甲の抵当権によって担保されている債務であるかどうかに関わらない（したがって【例3-2】についても同様である）と考えられる⁽³⁰⁾。

V 第三者への包括遺贈の場合—具体的検討課題第1③

【例4】 Aは、「Aの有する財産全部をF（非相続人）に遺贈する」旨の公正証書遺言をした。

包括遺贈の受遺者は相続人と同一の権利義務を有すると定められている（民法990条）。包括受遺者が相続債務を負担することも、（異論なく）認められている。

包括遺贈の場合に、積極財産と消極財産とで異なる定めを遺言ですることができるかについては、前述のとおり、肯定説と否定説がある。

平成21年判決は、相続させる旨の遺言に関するものであったが、包括遺贈ゆえに異なる扱いとする理由はないと思われる。

ただし、包括遺贈については、平成21年判決の引用する、平成8年判決（最判平成8年11月26日民集50巻10号2747頁）がある。事案は、相続人の1人に、すべての財産を包括して遺贈する旨の遺言がされた事案において、遺留分減殺請求権を行使する旨の意思表示がされたというものである。

平成8年判決は、遺留分の額の算定に関し、「被相続人が相続開始の時に債務を有していた場合の遺留分の額は、民法1029条、1030条、1044条に従って、被相続人が相続開始の時に有していた財産全体の価額にその贈与した財産の価額を加え、その中から債務の全額を控除して遺留分算定の基礎となる財産額を確定し、それに同法1028条所定の遺留分の割合を乗じ、複数の遺留分権利者がいる場合は更に遺留分権利者それぞれの法定相続分の割合を乗じ、遺留分権利者がいわゆる特別受益財産を得ているときはその価額を控除して算定すべきものであり、遺留分の侵害額は、このようにして算定した遺留分の額から、遺留分権利者が相続によって得た財産がある場合はその額を控除し、同人が負担すべき相続債務がある場合はその額を加算して算

(30) なお、【例3-2】で、免責的債務引受がさらにされることになると、抵当権の帰趨が問題となりうるが、抵当不動産所有者の責任負担の意思があるので、担保の引継ぎができ、その順位に変更はない（仮に後順位抵当権が設定されていても優先順位をそのまま享受できる）こととなる（債務引受と担保の引継ぎについては、民法（債権関係）改正法案（第189回国会に提出された「民法の一部を改正する法律案」。以下「民法改正法案」という。）472条の4も参照）。相続分指定によるときは、抵当不動産の承継者の同意がなくとも、指定相続分に変更される形の承継につき当然の担保引継ぎの効果が生じることになろう。

定するものである。」という一般論を示したうえで、当該事案において、「Xらは、遺留分減殺請求権を行使したことにより、本件不動産一ないし二九につき、右の方法により算定された遺留分の侵害額を減殺の対象であるAの全相続財産の相続開始時の価額の総和で除して得た割合の持分を当然に取得したものである。この遺留分算定の方法は、相続開始後にYが相続債務を単独で弁済し、これを消滅させたとしても、また、これによりYがXらに対して有するに至った求償権とXらがYに対して有する損害賠償請求権とを相殺した結果、右求償権が全部消滅したとしても、変わるものではない。」「そうすると、本件では相続債務は遺留分額を算定する上で無視することができるとし、負担すべき相続債務の有無、範囲並びに相続財産の範囲及びその相続開始時の価額を確定することなく、Xらは本件各不動産につき本件の遺留分の割合である2分の1に各自の法定相続分のそれに乗じて得た割合の持分を取得したとした原審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法があり、右違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかである。」と結論した。

平成8年判決に関して、同判決の調査官解説によれば、包括遺贈により、負担すべき相続債務がどうなるかは同判決は述べておらず、残された問題であるとされている⁽³¹⁾。

しかし、平成8年判決は、財産全部の包括遺贈にもかかわらず、相続債務を他の相続人が承継することを前提にしているように読める。平成21年判決との違いが、包括遺贈であることによるのか、それとも遺言の解釈の結果の違いであるのかが問題である。前者の可能性がなくはないが、しかし、両者で区別する合理的な理由はないのではないだろうか。遺言の解釈の結果の違いという事情もうかがわれないとすれば、平成8年判決と平成21年判決の間には、齟齬があり、むしろ平成21年判決は実質において平成8年判決と異なる立場を採用したものに思われる。⁽³²⁾

Ⅵ 特定の相続人による自己の負担する相続債務を超えた弁済 — 具体的検討課題第2④

【例5-1】 Aは無遺言のまま死亡した。Cから、AのBに対する4,500万円の債務（現在は、C、D、EのBに対する各1,500万円の債務）につき、全額を弁済したいという申出があった。

【例5-2】 と【例3-1】 の場合（AのBに対する4,500万円の債務につき甲に抵当権が設定さ

(31) 大坪丘・最高裁判所判例解説民事篇平成8年度（下）989頁。

(32) 金融法務研究会・第2分科会において、包括遺贈を特定遺贈の集積と捉える見方との関係について、あるいは、すべての財産の特定遺贈が可能であることをどう見るかという指摘がされた。この点についての検討は未了である。

れており、甲をCに相続させる旨の遺言がされていた場合)において、Cから、AのBに対する4,500万円の債務(現在は、C、D、EのBに対する各1,500万円の債務)につき、全額を弁済したいという申出があった。

【例5-2】の場合に、引き続きC、D、Eの債務が甲についての抵当権によって担保され(前述)、CはDやEの債務については第三取得者の立場に立つため、弁済をするにつき正当な利益を有し、また、利害関係を有する第三者⁽³³⁾として債務者の意思に反しても有効に第三者弁済ができる(民法474条2項)。

【例5-1】の場合には、第三者弁済によるときは、現行法の解釈として、債務者の意思に反した弁済は無効と解されているため、そのまま弁済を受けるときは、債権者はこの意味での無効リスクを抱え込むことになる(Cへの返還のコストや、D・Eへの請求、時効のリスク、無資力のリスクなどである)。そこで、重疊的債務引受や保証を経て、第三者弁済ではなく、自己の債務の弁済として弁済を受ける方法がとられる。

このときの法律関係はどうなるか、特に弁済の安定性から問題はないかが検討課題である。また、あわせて免責的債務引受の要件についても確認する。それぞれ、当該契約をなす主体、債務者の同意の要否、効果の問題がある。以下では、現行法下の法律関係を見た後、民法改正法案下でのそれぞれの規律についても確認する。

1 重疊的債務引受・併存的債務引受

重疊的債務引受については、債権者と引受人との間ですることができ、また、債務者の意思に反するときでもすることができるというのが判例である⁽³⁴⁾(462条2項参照)。また、その効果として、特段の事情がない限り、両債務は連帯債務の関係になると解され、そこから、例えば、時効の絶対効が及ぶなどの帰結となるというのが判例である⁽³⁵⁾。

学説では、効果について議論があるが、連帯債務となると、請求の絶対効が生じ、債務者に不利益が及びうるため、それを正当化するには債務者の同意が必要であるとする見解、債務者の同意がないときはその効果(連帯債務、あるいは請求の絶対効)が否定される(債務者には及ばない)とする見解がある⁽³⁶⁾。

このとき、債務者の同意を要するという見解に立つならば、重疊的債務引受の効力が否定さ

(33) 民法改正法案474条1項では弁済をするにつき「正当な利益を有する者」である。

(34) 大判大正13年3月25日民集5巻219頁。

(35) 最判昭和41年12月20日民集20巻10号2139頁。

(36) 中田裕康『債権総論〔第3版〕』579頁(岩波書店、2013)。

れる可能性があるが、一般には、効果の面での調整と解されていると思われる。であれば、債権管理上の問題があるが、ただちに弁済を受けるのであれば、支障がないことになる。

2 保証（連帯保証・通常保証）

委託を受けない保証については、債務者の意思に反する場合も可能である（民法462条2項）。この場合の効果は、保証の法律関係となるから、債権管理上、連帯債務に比し、集中した管理が可能となる。ただし、委託を受けない保証の場合には求償の範囲が制約されるなど、保証人に不利な状況が存在する。

近時の個人保証人の保護の要請に鑑みると、現行法のもとでも、債権者には、保証人の地位に関する説明義務などが課され、その違反に対する損害賠償などの問題が生じる可能性がある。

ひるがえって、同様のことを別の法律関係をもって達成しようとするとき、重疊的債務引受であれば、この点を免れるかという問題があるが、求償における不利益という点での違いを反映したものということはできよう。

なお、Cによる全額弁済の申出が、DやEに対する求償はしないという趣旨のものであるときは、求償面での不利益という問題は生じないが、Cの趣旨の確認の問題が残るだろう。

3 免責的債務引受

前記Ⅳに関連して、Aの遺言によって、免責的債務引受到に相応する行為を負担や条件とするにとどまり、それはDやEを拘束するものではないと考えるなら、あとは一般の免責的債務引受の問題である。

債務者の意思に反して、債権者と引受人との間で免責的債務引受はできないというのが判例である⁽³⁷⁾。第三者弁済や更改の規律の延長線上にとらえるものである。これに対し、免除は債権者の一方的な意思表示によってでき、重疊的債務引受と免除を組み合わせることで実現できる（請求による時効中断などの絶対効の問題は生じないので、重疊的債務引受到に債務者の同意を要しない）ことなどから、債務者の意思に反しても可能であるという見解も有力である⁽³⁸⁾。

もっとも、行為をする当事者として法的に安定した弁済を確保するという観点からは、債務者の意思に反してはできないことを前提に行動することになる。

(37) 大判大正10年5月9日民録27輯899頁（債務者の利益となるものなので、債務者の同意を要せず、債務者の意思に反しない限りは、債務者と引受人とでできる）、また、大判昭和10年3月6日法律新聞3844号9頁参照。

(38) 潮見佳男『債権総論〔第3版〕Ⅱ』（信山社出版、2005）683頁。

4 民法改正法案

それぞれについて、民法改正法案の下での規律を確認しておく（以下、条名は改正案のそれによる）。

（1）併存的債務引受

併存的債務引受は、債権者と引受人との間ですることができる（470条2項）。効果は、連帯債務となる（同条1項）。債務者の意思を問わないし、債務者に対する通知も要しない（免責的債務引受に関する472条2項との対比）。連帯債務については、絶対的効力事由が削減され、請求の絶対効の規定、免除および消滅時効についての負担部分絶対効の規定がいずれも削除されて、これらは相対的効力事由となっている（441条）。

（2）保証

委託を受けない保証、債務者の意思に反した保証も可能である点は、現行法と変わらない（462条参照）。

個人が保証人となる（債権者との間で保証契約を締結する）場合には、事業のために負担した貸金等債務（金銭の貸渡または手形の割引を受けることによって負担する債務。465条の3第1項）を主たる債務とする保証契約であるときは、根保証であるかどうかを問わず、保証契約の締結に先立って、締結の日前1ヶ月以内に作成された公正証書で、保証人となろうとする者が保証債務を履行する意思表示をしなければならず、この手続・意思表示を欠くときは、保証契約は無効となる（465条の6第1項）。この手続・意思表示は、いわゆる経営者保証の場合には排除される（465条の9）。

また、事業に係る債務についての保証の場合には、契約締結時の主債務者からの情報提供義務があり、義務の不履行（情報の不提供や虚偽の情報提供）については、保証人がそれにより誤認して保証契約を締結する意思表示をしたときは、債権者が義務の不履行について知りまたは知ることができたときに、保証人に取消権が付与される（465条の10）。

これらの規定のうち情報提供義務と取消権については、主債務者から委託を受けた保証人についての規律であり、主債務者が事業を行う者であることを前提とした規律であるから、他の共同相続人の関与なくして債務を別の共同相続人に集中させる方法を模索する、相続債務についての集中のための保証には、場面として妥当しないと思われる。

一方、公正証書による保証債務履行意思の表示は、委託の有無を問わない。また、すでに行われた貸付に対して追加的に保証がされる場合が除外されているわけではない。対象は事業のために負担した貸金等債務を主債務とする保証（またはそれを含む根保証だが、ここで該当するのは個別保証である）であるから、平成21年判決のような相続税対策の借入事案を含め、

事業のための貸金等債務でないときは、妥当しない。これに対し、個人事業者の死亡により事業債務を後継者に集中させるような場合は、適用の可能性が生じる。

しかし、相続債務の分割承継の場合には、保証人の保護の必要性という点からはもともと想定されている場面とは異なっている。相続債務として承継された、主債務となる債務は、もともと事業のために負担した貸金等債務であったとはいえ、いまや単純な金銭債務ではないかとも考えられる。こう考えれば、事業に係る債務とは言えないという解釈の余地があると思われる。そうではなく、相続によってその性質を喪失するとは言えないとすれば、相続により分割承継された、事業に係る債務についての保証契約においても、この公正証書による保証債務履行意思の表示が必要となりそうである。公正証書による保証債務履行意思の表示を経るのが安全策ではある。ただ、相続により分割承継された債務が事業のために負担した貸金等債務という性格を失わないという場合も、事業承継者である共同相続人が保証をする場合には、経営者保証の実質を持つため、主たる債務者となる共同相続人が事業を承継しないときは、「主たる債務者と共同して」事業を行うわけではないものの、共同事業者に準じる者として、適用除外の対象となろう（465条の9第3号）。

なお、これらは保証についての規律であるが、併存的債務引受による場合も、実質において保証の実を持つときは、類推適用（ないし準用）の余地がある。

（3）免責的債務引受

免責的債務引受は、債権者と引受人となる者との契約によってすることができるが、債権者が債務者に対してその契約をした旨を通知した時に、その効力が生じる（472条2項）。したがって、債務者の意思を問わない。一方的意思表示による免除にひきつけた規律である。現行法下の有力説によったことになる。債務者の意思に反しても効力が否定されないため安定性は増すことになる。

（4）第三者弁済

第三者弁済について、弁済をするについて正当の利益を有しない者は債務者の意思に反して弁済をすることができないが、債権者が債務者の意思に反することを知らなければ有効な弁済となる（474条2項）。